

ESTUDO SOBRE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O APARECIMENTO DA DEFENSORIA COMO EQUILÍBRIO DO SISTEMA DE JUSTIÇA - DO ESTADO ACUSADOR AO ESTADO DEFENSOR

*STUDY ON TRANSITIONAL JUSTICE: THE CREATION OF PUBLIC DEFENSE AS A BALANCE
IN THE SYSTEM OF JUSTICE – FROM PROSECUTION TO THE DEFENDANT STATE*

Daniela Corrêa Jacques Brauner

*Defensora Pública Federal
Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Rio Grande do Sul, Brasil.*

daniela.jacques@dpu.def.br

RESUMO

O texto apresenta a importância da criação da Defensoria Pública pelo Estado para contrapor o Estado-acusador que se sobrepunha no período de ditadura militar. Apresentou-se como necessária ao avanço dos resquícios de autoritarismo do período a estruturação da Defensoria Pública como promotora dos direitos humanos para o equilíbrio do sistema de Justiça. Apresentou-se a criação das Defensorias Públicas como resultado do processo de democratização e de consolidação de direitos humanos, buscados pela Constituição de 1988. No entanto, salienta-se que, embora haja uma previsão normativa nesse sentido, é preciso, de fato, implementar e efetivar a Instituição como forma de equilibrar o sistema de justiça tão direcionado a mecanismos de repressão do Estado diante do fortalecimento vivenciado pelo Estado-acusador. A análise do sistema carcerário no Brasil é um forte indício da necessidade de mecanismos de controle, como por exemplo, o estabelecimento de audiências de custódia e a participação das Defensorias no processo de prisões cautelares.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Autoritarismo. Defensoria Pública. Direitos humanos.

ABSTRACT

The article presents how important the Public Defense is to balance the System of Justice, in opposition to prosecution. It shows the importance of the institution in democracy and for the consolidation of all human rights, which was an objective of 1988 Brazilian Constitution. However, the real implementation of the Public Defense is necessary. The analysis of the prison system is an element to discuss the controls mechanism, which includes the custody hearing and the participation of public defenders during the custody prisons.

Keywords: Transitional Justice. Authoritarianism. Public Defense. Human Rights

Data de submissão: 16/03/2017

Data de aceitação: 19/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DA CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO COROLÁRIO DO REGIME DEMOCRÁTICO DE DIREITO 2. PELO DIREITO AMPLO À DEFESA OU O DIREITO À AMPLA DEFESA: O CIDADÃO FRENTE AO ESTADO E O ESTADO FRENTE AO CIDADÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O período de ditadura, no Brasil, foi marcado por prisões arbitrárias, violência dos órgãos repressores, desaparecimentos e assassinatos sob os auspícios do Estado de Exceção. Segundo apontado pela doutrina, a ditadura brasileira contou com ampla adesão das instituições do sistema de justiça ao aparato da repressão, legando um modelo de

autoritarismo legalista.¹ Passados quase trinta anos do final do golpe, a Organização das Nações Unidas (ONU) acusa o Brasil a respeito da situação das prisões no País. Os números revelados são estarrecedores: “O Brasil tem a 4ª maior população carcerária do mundo e mais de 217 mil pessoas ainda aguardam julgamento, ou seja, 44% dos presos não tem sentença final condenatória.” Para o informe da ONU, “a presunção de inocência que consta na Constituição parece que na prática foi abandonada pelos juízes”. Ainda, o “número elevado de detentos em prisões sem um julgamento pode ser a consequência da falta de habilidade do sistema judiciário em processar os casos de forma eficiente.”

Além das questões envolvendo a quantidade e a identidade dessas pessoas presas, quase que na totalidade negras e de baixa renda, recentemente foi divulgada a 8ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública,² apontou que “os policiais brasileiros mataram, entre 2009 e 2013, uma média de seis pessoas por dia”. Esse mesmo relatório revelou que os negros são 30,5% mais vítimas de homicídios no Brasil. Na avaliação de Renato Sérgio de Lima, vice-presidente do Fórum Brasileiro de Segurança Pública: “nossas forças policiais, Ministério Público e Judiciário estão batendo a cabeça.”³

Dessa feita, mesmo com a inauguração de um regime democrático de direito que pôs fim a uma era de repressão a direitos fundamentais do cidadão, o Estado não assegura, da forma como deveria, esses direitos e tem sido apontado ainda como o violador das liberdades e da integridade dos indivíduos. Ao que parece, o **inimigo**⁴ apenas mudou: os desaparecidos de hoje são **Amarildos**⁵, **Antônios**⁶; ou tantos

¹ ABRÃO, P.; TORELY, M. D. Democratização e direitos humanos: compartilhando experiências da América Latina. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina, 2001, p. 28.

² Vide <http://www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 21 nov. 2014.

³ <http://posticsenasp.ufsc.br/2014/11/11/8a-edicao-do-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>.

⁴ A expressão era de utilização comum na época da ditadura militar. Recentemente (08/09/2014), em episódio da Comissão de Verdade o tenente do exército José Conegundes do Nascimento se recusou a comparecer à audiência convocatória sob o argumento de que não colabora “com o inimigo” Vide: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/se-virem-nao-colaboro-com-inimigo-diz-militar-comissao-da-verdade.html>. Acesso em: 27 nov. 2014.

⁵ Amarildo Dias de Souza é um ajudante de pedreiro que ficou conhecido nacionalmente por conta de seu desaparecimento, desde o dia 14 de julho de 2013, após ter sido detido por policiais militares e conduzido da porta de sua casa, na Favela da Rocinha, em direção à sede da Unidade de Polícia Pacificadora do bairro. Seu desaparecimento tornou-se símbolo de casos de abuso de autoridade e violência policial. Os principais suspeitos no desaparecimento de Amarildo são da própria polícia. Vide http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Amarildo. Acesso em: 21 nov. 2014.

⁶ O caso ficou conhecido como Amarildo do DF. Ele desapareceu após ter sido supostamente flagrado entrando na chácara de um Policial Militar e ter sido detido e encaminhado à Delegacia. Vide <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/10/para-atuacao-sobre-desaparecido-no-df-oab-quer-dados-do-caso-amarildo.html>. Acesso em: 21 nov. 2014.

outros Joãos, Paulos, Sérgio que preenchem as estatísticas antes mencionadas, vítimas de assassinatos ou superlotando os presídios pelo Brasil.

Assim, muito embora tenhamos 25 anos da promulgação da Constituição-cidadã, alguns resquícios de autoritarismo permanecem em nossas instituições. Por essa razão, reforça-se a necessidade de que o processo de Justiça de Transição⁷ seja aprimorado em todas as suas fases que compreendem, além da verdade e memória, reparação às vítimas, julgamento dos perpetradores, e reforma das instituições que carreguem ainda herança desse período. Dessa feita, propõe-se à análise do sistema de justiça, revelando que uma reforma deveria levar em conta a consolidação do Estado-defensor com o incremento da Defensoria Pública e com mecanismos de fortalecimento do direito de defesa do cidadão frente ao Estado.

1. DA CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO COROLÁRIO DO REGIME DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O relatório apontado pelas Nações Unidas sobre prisões arbitrárias revela a necessidade de se rever o sistema de justiça e sua (in)adequação como garantia de direitos, pelo menos para grande parte da população. É interessante observar que, uma década antes, em 2004, a ONU já apontava que o sistema de justiça brasileiro não assegurava de forma efetiva para a parcela mais pobre do país o acesso adequado ao Poder Judiciário.⁸ Desde então, promoveram-se diversas reformas, dentre as quais a chamada reforma do Poder Judiciário, visando a imprimir-lhe características mais democráticas e republicanas e, dentre esses aspectos, a preocupação com o fortalecimento das defensorias públicas.

Historicamente, o sistema de justiça tem se firmado em torno do Poder Judiciário e esse

⁷ ZYL, P. Promovendo a Justiça Transacional em Sociedades Pós-Conflito. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de transição: Manual para América Latina**. 2011, p. 77.

⁸ Vide: “The report identifies the system’s main shortcomings as follows: problems with access to justice, its slowness and notorious delays, the fact that there are very few women or people of African descent or indigenous origin in top positions in the judiciary, a tendency towards nepotism and the non-use of competitive examinations to appoint judicial staff [...] Of all these shortcomings, the most serious is without doubt the first, since a large proportion of the Brazilian population, for reasons of a economic, social or cultural nature or social exclusion, finds its access to judicial services blocked or is discriminated against in the delivery of those services [...] Delays in the administration of justice are another big problem, which in practice affects the right to judicial services or renders them ineffective. Judgements can take years, which leads to uncertainty in both civil and criminal matters and, often, to impunity” UNITED NATIONS. **Civil and Political Rights**, 2005. (Including the Questions of Independence of the Judiciary, Administration of Justice and Impunity).

tem sido apontado como único protagonista no gerenciamento de diversos aspectos relacionados ao acesso à justiça e também responsável pelas falhas decorrentes de violações de direitos. A Constituição de 1988, de forma inovadora, alocou, junto com o Poder Judiciário, outros órgãos essenciais à função jurisdicional do Estado. Nesse ponto, no capítulo IV “Das Funções Essenciais à Justiça”, referiu-se à Defensoria Pública para incumbir-lhe “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” A Constituição de 1967 apenas continha um capítulo destinado ao Poder Judiciário e, dentro desse, ao Ministério Público dando ênfase à função acusatória no processo jurídico. Muito embora a Constituição de 1934 e a de 1946 tenham determinado ao Poder Público assegurar a assistência judiciária aos necessitados, nenhum avanço foi observado quanto à criação de órgãos específicos para esse fim até a década de 1970, sendo que os primeiros cargos de defensores públicos remontam meados da década de 1950 dentro da Procuradoria Geral de Justiça.⁹

Assim, a instituição da Defensoria Pública se identifica com o regime democrático de direito. A Constituição de 1988 inaugura esse Estado Democrático de Direito (art. 1º), colocando em pé de igualdade com o Estado-acusador a determinação para a criação de um órgão específico para a defesa dos hipossuficientes. É o reconhecimento pelo Estado de que não basta assegurar uma lei de assistência judiciária de isenção de custos e emolumentos,¹⁰ senão é preciso, mais do que convênios com advogados privados, a instituição de um órgão especificamente dirigido a esse propósito.

No entanto, apesar da previsão constitucional, antes de 1990, havia defensorias públicas em apenas sete estados brasileiros, segundo pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica

⁹ ROCHA, J. L. **História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**, 2004, p. 7.

¹⁰ Lei 1.060/50: “Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986).

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.”

Aplicada (IPEA).¹¹ Esse número cresce de modo substancial a partir dos anos 1990, quando mais dez estados estabelecem essas instituições. Os outros oito estados criariam as suas defensorias públicas apenas nos anos 2000, com as duas últimas delas tendo sido criadas por lei em 2011, no estado do Paraná, e em 2012, no estado de Santa Catarina por força de decisão do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito federal, apenas após mais de cinco anos da publicação da Constituição, a Lei 9.020/95, decorrente da MP 930/95, criou, em caráter emergencial e provisório, a Defensoria Pública da União com atuação perante todas as instâncias da Administração Federal e do Poder Judiciário da União – Justiça Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho, sem criar cargos específicos, mas transformando os antigos advogados de ofício da Justiça Militar e da Procuradoria Especial da Marinha em defensores públicos.

Em 2001, foram criados cargos para defensores públicos da União, mesmo assim de forma bastante tímida. Nessa última década, a Defensoria Pública da União cresceu substancialmente, estando presente em todas as Seções Judiciárias Federais das capitais e muitas subseções do interior, nos Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, além da Justiça Militar. Em 2012, a Lei 12.763 criou 789 cargos de defensor público federal. No entanto, mesmo com a disponibilidade de cargos, falta orçamento para provê-los. Ainda não há efetiva atuação na Justiça do Trabalho, salvo em algumas unidades isoladas, e na maioria das seções judiciárias da Justiça Federal.

Somente em 2013, com a Emenda Constitucional nº. 74, foi conferida à Defensoria Pública da União autonomia administrativa e orçamentária, o que ocorreu em 2004, com a Emenda Constitucional nº. 45 (Reforma do Judiciário) a todas as Defensorias Públicas Estaduais. Configurou-se, a partir daí, um órgão oficial de assistência jurídica autônomo em relação ao Poder Executivo, ausente de limitações e disponível a todos os cidadãos carentes brasileiros em quaisquer dos planos federativos.

Mas, ainda faltava tatuar, na Carta de Direitos, duas dimensões de prerrogativas, essenciais à dignificação da Defensoria Pública no cenário jurídico-constitucional brasileiro, e tal ocorreu com a Emenda Constitucional n.º 80/2014. Em um primeiro plano, a norma constitucional derivada garantiu a paridade numérica entre o Estado-julgador e o Estado-defensor, estabelecendo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que:

¹¹ Fonte: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>. Acesso em: 21 nov. 2015.

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Em um segundo plano, a emenda constitucional fez ruir décadas de disparidade institucional elevando, em seção própria do Texto, a Defensoria Pública do Brasil ao mesmo patamar jurídico-constitucional de instituições análogas da República como o Ministério Público e o Poder Judiciário, tanto no que concerne ao regime jurídico de seus membros, quanto no que diz respeito à prerrogativa de iniciativa de processo legislativo, nos temas sensíveis à Instituição, alterando-se o art. 134 da Constituição.¹²

Essa igualdade de propósito do constituinte em elevar o papel do Estado-defensor, instituindo um órgão específico para esse fim, por meio da instalação de defensorias públicas, é uma preocupação de órgãos internacionais destinados à defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as Resoluções AG/Res. nº 2656, 2714 e 2801 da Organização dos Estados Americanos (OEA) recomendam aos Estados membros que instituem, no seu sistema de justiça, defensorias públicas.

Recentemente, a Secretaria de Reforma do Judiciário reforçou a necessidade de equilibrar o Estado-acusação com o Estado-defensor por meio do fortalecimento da Defensoria Pública, mas, ao mesmo tempo, admitindo a ausência da instituição em diferentes esferas:

A existência de defensores públicos em todas as seções judiciárias é defendida pelo Ministério da Justiça, no âmbito federal, estadual e dos municípios. Onde houver um juiz e um promotor de justiça deve haver, necessariamente, um defensor público. Não podemos admitir um Estado em que os órgãos de acusação, julgamento e defesa estejam em desequilíbrio. Nesse sentido, é importante destacar

¹² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.»

a atuação da Secretaria de Reforma do Judiciário na defesa da universalização e da interiorização dos serviços da Defensoria Pública em todo território brasileiro.

Dados do Índice Nacional de Acesso à Justiça (Inaj), desenvolvido pelo Projeto Atlas do Acesso à Justiça, revelam que, em território nacional, todas as unidades da federação contam com, pelo menos, 108 advogados, cinco juízes e dois promotores para cada grupo de 100 mil habitantes. Em se tratando de Defensoria Pública, há estados como Goiás, Paraná e Santa Catarina que sequer contam com um defensor por grupo. Essa situação não pode continuar. Faltam Defensores Públicos. Falta Defensoria.¹³

A existência de defensores públicos capacitados para atender à população de baixa renda, sobretudo no sistema carcerário e acusatório, foi apontada pela Organização das Nações Unidas como reforma necessária no sistema de justiça, reforçando a existência de prisões arbitrárias:

O problema com o acesso à justiça para os detidos tem sido agravado pela falta grave e, por vezes, inexistência de assistência jurídica efetiva. Uma queixa comum ouvida de todas as partes entrevistadas, incluindo membros do Judiciário, foi a de que não há defensores públicos suficientes ou assistência jurídica disponível para atender aqueles que estão em detenção. A maioria dos que estão na prisão são homens jovens e negros de famílias pobres e que não podem pagar advogados privados. O Grupo de Trabalho observou que, em geral, a maioria das pessoas em desvantagem no sistema de justiça criminal, inclusive adolescentes e mulheres, eram pobres e não podiam pagar os meios para uma defesa jurídica adequada.

A sobrecarga de trabalho dos defensores públicos também é um problema crítico. Os defensores públicos que prestam assistência jurídica gratuita podem ter de lidar com até 800 casos ao mesmo tempo. Isso impactou negativamente o direito de um detento à igualdade e julgamento justo. (...)

Devido à falta de assistência jurídica adequada, o Grupo de Trabalho encontrou muitos casos em que os detentos tinham direito a benefícios, como passar de um regime fechado para um regime semi-aberto, o que não poderia ser obtido devido à ausência de assistência jurídica para garantir esse direito. (...) O Grupo de Trabalho observou que a liberação em massa de presos pelo Conselho Nacional de Justiça nos últimos dois anos é prova de que o sistema de justiça criminal tem uma grave falta de

¹³ CAETANO, F. C. **Acesso à Justiça**: Ministério da Justiça busca fortalecer Defensorias Públicas. Conjur. Publicado em 22 mai. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/flavio-caetano-ministerio-justica-busca-fortalecer-defensoria>. Acesso em: 21 nov. 2015.

fornecimento eficaz e adequado de assistência jurídica que pode ajudar no acompanhamento do caso de um detido. A natureza arbitrária desses casos é ainda exemplificada pelo fato de que aqueles que se qualificam para a liberação ou para os benefícios são os economicamente desfavorecidos, que não podem pagar assistência jurídica privada para ajudar em seu caso.

Embora o Constituinte tenha assegurado no plano normativo a sistematização da Defensoria Pública para a população carente, na prática, faltam defensores, falta orçamento, e não se reconhece aos membros da instituição os mesmos direitos e prerrogativas do Ministério Público e do Poder Judiciário. Não basta apenas no plano normativo realçar o papel do Estado-defensor, senão é preciso meios para provê-los.

Deve ser reforçado que, no sistema de justiça, certos direitos destacam-se por seu caráter instrumental, a exemplo do acesso à justiça, o qual se torna um dos elementos centrais para o processo de democratização das sociedades contemporâneas.¹⁴ Conforme acentua Danielle Annoni:

Essa necessidade, cada dia mais evidente, de se tutelar de forma eficaz os direitos dos cidadãos, é produto de uma reflexão internacional acerca do conceito de direito fundamental ao acesso à prestação da Justiça (acesso à Justiça), que deve ser assegurado pelo Estado contemporâneo.¹⁵

2. PELO DIREITO AMPLO À DEFESA OU O DIREITO À AMPLA DEFESA: O CIDADÃO FRENTE AO ESTADO E O ESTADO FRENTE AO CIDADÃO

A Constituição de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais, considerando o período histórico que a precedeu. A sua inserção no início do texto constitucional, bem como a sua amplitude (setenta e oito incisos e 4 parágrafos no art. 5º) denotam a intenção do Constituinte de emprestar-lhes significado especial. Imprimiu-lhes eficácia imediata, vinculando todos os órgãos e poderes do Estado ao seu cumprimento e à sua proteção.

¹⁴ ROCHA, J. L. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*, p. 28. 2004.

¹⁵ ANNONI, D. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*, 2006, p. 18.

Conforme acentua Mendes, “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (...), pois formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.”¹⁶

Garantiu-se, por meio da enumeração de direitos, garantias amplas de defesa do cidadão frente ao Estado, dentre as quais se destacam: a fiscalização pelo Poder Judiciário de qualquer violação ou ameaça de violação a direitos fundamentais,¹⁷ a integridade do preso,¹⁸ o devido processo legal,¹⁹ a ampla defesa com todos os meios disponíveis,²⁰ inclusive a assistência de advogado, bem como a presunção de inocência,²¹ entre tantos outros.

Logo após a promulgação da Constituição, o Brasil comprometeu-se internacionalmente com o respeito a tais garantias, sob pena de o Estado ser responsabilizado por violações de direitos humanos, aumentando a garantia do cidadão, podendo colocar o Estado no banco dos réus nos Tribunais Internacionais.

Esses compromissos são uma promessa do Estado brasileiro²² no sentido de romper com o passado em que, não raras as vezes, o próprio Estado constituía o protagonista dessas violações. Por isso, autores como Bobbio²³ salientam a historicidade dos direitos humanos como forma de romper com um passado em que o Estado se mostrou frágil em protegê-los.²⁴

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966²⁵, também se enumeram direitos relacionados à garantia do cidadão frente ao Estado, quanto ao encarceramento e à atuação das autoridades envolvidas. Em particular, o art.

¹⁶ MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 2004, p. 2.

¹⁷ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:

¹⁸ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

¹⁹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

²⁰ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

²¹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²² A referência à promessa é de François Ost como uma referência ao futuro menos imprevisível, colocando-o na esfera da normatização. OST, F. **O Tempo do Direito**, 1999, pp. 197 e segs.

²³ BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**, 1992, pp. 5-10.

²⁴ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**, 1998.

²⁵ Internalizado pelo Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992.

9º fornece as salvaguardas contra a privação arbitrária de liberdade, devendo todo preso ser conduzido à presença do juiz.²⁶

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José,²⁷ reforça compromissos do Estado brasileiro em fortificar o direito do cidadão frente ao Estado, garantindo-lhe que não seja vítima de prisões arbitrárias, bem como do aparato de repressão do Estado no suposto combate à criminalidade.²⁸ Nessa Convenção, também está estabelecido que todo detido deva ser encaminhado imediatamente à presença da autoridade judicial. Trata-se da chamada audiência de custódia.²⁹

²⁶ ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

²⁷ Internalizada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

²⁸ Nesse sentido, reforça o informe do Grupo de Trabalho da ONU: “O Grupo de Trabalho reconhece os difíceis desafios que o Brasil enfrenta na luta contra incidentes crescentes de atividades criminosas, como homicídios, violência de gangues, tráfico de drogas e de seres humanos, e assim por diante. Neste contexto, observa que frequentemente a pressão pública e social apoiam legislações e políticas governamentais que são duras com o crime. No entanto, o Grupo de Trabalho adverte que as políticas governamentais e ações relacionadas à privação de liberdade no nível federal e estadual devem respeitar plenamente e estar em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, as mesmas que a República Federativa do Brasil aprovou por meio dos acordos já assinados e ratificados. Estes padrões internacionais claramente fornecem proteção contra a privação arbitrária de liberdade. Vide <http://www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 21 nov. 2014

²⁹ Art. 7º. 5. - Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Segundo o informativo formulado pelas organizações Associação pela Reforma Prisional (ARP), Conectas Direitos Humanos, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH); Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC); e Justiça Global e Carcerária Nacional, a apresentação ao juiz da pessoa presa em 24 horas é a maneira mais célere de evitar prisões arbitrárias, desnecessárias e com abuso de autoridade. Nesse sentido:

A audiência de custódia servirá para que o juiz i) analise a legalidade e necessidade da prisão e ii) verifique eventuais maus tratos ao preso havidos até ali, podendo determinar a imediata apuração de qualquer abuso que venha a tomar conhecimento. No que diz respeito ao controle de legalidade da prisão poderá o juiz no memento da audiência de custódia: i) relaxar a prisão em flagrante ilegal; ii) decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; iii) manter solta a pessoa suspeita da prática de determinado delito, se verificar ausentes os pressupostos de cautelaridade previstos no art. 312 do CPP.³⁰

Mesmo que o Judiciário brasileiro já tenha reconhecido, por diversas vezes, que a prisão cautelar é medida excepcional,³¹ o alto índice de sua ocorrência revela que, na prática, essas medidas têm sido utilizadas indistintamente, e que essa população, sobretudo de baixa renda, não tem acesso efetivo à justiça. A inobservância do procedimento da audiência de custódia pelo Poder Judiciário é um dos elementos que têm sido apontados, pelas Defensorias Públicas, como violadores de direitos fundamentais relativos à proteção da liberdade.

Recentemente, esse debate voltou aos fóruns judiciais. O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, fez referência que, no Brasil, “a prisão passou a ser a regra e a liberdade exceção entre os acusados”.³² A implantação efetiva da audiência de custódia, buscada pelas Defensorias Públicas, tem sido criticada justamente pela autoridade policial estatal que busca, por meio da ação direta de inconstitucionalidade n.º 5.240, declarar a

³⁰ http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf. Acesso em: 20 fev. 2015.

³¹ “A prisão cautelar não pode — e não deve — ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar — que não deve ser confundida com a prisão penal — não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal” STF, HC 98.821/CE, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 9-3-2010, DJe de 16-4-2010.

³² *Vide* <http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/agora-brasil-prende-depois-apurar-marco-aurelio>. Acesso em: 20 fev. 2015.

suspensão de provimento do TJ/SP, que determinou a apresentação do preso à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Até mesmo a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages) tem apresentado óbices ao cumprimento dessa medida.³³ Atualmente, as audiências de custódia são uma realidade em muitas unidades da federação, muito embora o índice de prisão provisória mantenha-se alto.³⁴

Como forma de buscar diminuir esses índices e assegurar defesa ao cidadão marginalizado, em 2007, foi publicada a Lei nº. 11.449/07, que alterou o art. 306 do Código de Processo Penal, determinando que a autoridade policial deverá encaminhar o auto de prisão em flagrante não apenas ao juiz competente, senão também à Defensoria Pública, caso o acusado não informe nome de advogado.

Essa lei vem a reafirmar a necessidade de serem observados os princípios constitucionais já mencionados, como forma de assegurar ao suspeito pelo cometimento do crime o exercício pleno do contraditório desde o mais remoto momento que tem contra si manejado o poder do Estado de suprimir sua liberdade e contra ele instaurar a ação penal, bem como a imprescindibilidade da Defensoria Pública como agente atuante no sistema de justiça.

Verifica-se que, no plano normativo, está estabelecido o compromisso do Estado brasileiro em assegurar ao cidadão todos os direitos necessários à defesa de sua liberdade e de sua integridade em face de violações perpetradas por todos os seus agentes em nome do Estado. No entanto, o Informe das Nações Unidas publicado em 2014 coloca em cheque a efetividade desses direitos a uma parcela significativa da população brasileira. Deixa-se claro que, não basta a mera declaração de direitos se não houver, também e paralelamente, mecanismos idôneos e capazes de corrigir os desvios e efetivamente exercê-los. Conforme enfatiza Alexandre Morais da Rosa:

Em suma, os Direitos Humanos, com o resgate do caráter político e do presente, deve funcionar como condição de possibilidade para instauração de uma sociedade mais autônoma e democrática, rompendo-se com os discursos jurisdicidas, que acabam incorrendo nos equívocos antecedentes. É que a mera declaração de normas de Direitos Humanos, sem abertura democrática e hermenêutica, devolve ao senso comum teórico a autoridade de atribuição de sentido. E,

³³ <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/delegados-entram-adi-audiencia-custodia>. Acesso em: 20 fev. 2015.

³⁴ Veja reportagem: "Quase 60% das audiências de custódia resultam em prisão no Piauí: Das 1.019 audiências realizadas desde agosto de 2015, 609 ficaram presos. Mais de 60% dos presos do Piauí são provisórios, diz secretaria de Justiça. In: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2016/06/quase-60-das-audiencias-de-custodia-resultam-em-prisao-no-piaui.html>. Acesso em: 11 dez. 2016.

abdicando-se do processo de atribuição de sentido, não há condições de eficácia dos Direitos Humanos no plano da vida.³⁵

A efetividade desses direitos está relacionada ao problema do acesso à Justiça e à postura do Poder Judiciário para concretizar esses direitos, como forma de afirmar o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a afirmação de Márcio Tomaz Bastos e Pierpaolo da Cruz Bottini na apresentação do II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil:

O grande desafio, atualmente, é solidificar as instituições democráticas capazes de propiciar a concretização do que foi anunciado pela Constituição de 1988. Um dos maiores nós a ser desatado é a questão do acesso à Justiça. (...) A Defensoria é a instituição que tem por objetivo a concretização do acesso à Justiça, ou pelo menos do acesso ao judiciário, sendo, portanto, vital neste processo de efetivação de direitos.³⁶

Na linha do exposto, é preciso a consolidação dos direitos humanos do cidadão frente ao Estado, reforçando o viés de fortalecimento de sua defesa na relação com o Estado-acusador. Não basta apenas a enumeração na Constituição e em Tratados de Direitos Humanos, senão é preciso também que o indivíduo conheça e possa efetivá-los, na prática, no sentido de reivindicá-los, por meio do Estado (Estado-defensor) contra o Estado (Estado-violador).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As violações de direitos humanos relacionadas aos mecanismos de repressão do Estado destinados ao suposto combate da criminalidade estão inseridas no sistema de justiça adotado pelo Estado brasileiro. Esse sistema de justiça é apontado, pelas Nações Unidas, por estar impregnado de forte caráter autoritário em que os direitos de defesa dos indivíduos estão sendo frequentemente violentados. Por isso, demonstrou-se a necessidade de se repensar o papel que vem desempenhando o Estado no seu dever de resguardar a liberdade e a integridade dos cidadãos tal qual se empenhou internacionalmente pela adoção de tratados de direitos humanos.

Os dados apontados no Informe da ONU a respeito das prisões no Brasil apontam que há um número excessivo de pessoas em situação de encarceramento que não estão

³⁵ ROSA, A. M. da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**, 2005.

³⁶ A Reforma Permanente do Poder Judiciário. **Diálogos sobre Justiça**, 2014, pp. 16-23.

necessariamente relacionadas a um aumento da criminalidade no período. Esses índices, juntamente com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, indicam que a parcela mais pobre da população brasileira está exposta a condições degradantes e desumanas no sistema carcerário e têm sido vítimas em número acentuado de homicídios e/ou desaparecimentos pelas autoridades estatais. O documento revela, ainda, que a maioria não teve acesso a nenhum defensor enquanto preso, e que somente foi ter acesso ao juiz no momento do julgamento. O relatório aponta no mesmo sentido do II Diagnóstico da Defensoria Pública e do índice de acesso à justiça do Governo Federal, qual seja, nos locais mais pobres e carentes mais dificultoso o acesso à justiça.

Historicamente, o Estado tem se aparelhado nas funções de repressão com atuação das polícias e do Ministério Público. O resultado tem sido o aumento de homicídios pela autoridade policial e aumento do encarceramento, sobretudo de presos provisórios sem julgamento definitivo. Na análise dos dados apresentados, as vítimas dessa opressão têm sido a população pobre, jovem e, na sua maioria, negra, sem conhecimento de seus direitos e sem acesso à assistência jurídica adequada.

Assim, ao lado do Estado-acusador, é preciso que o sistema de justiça efetive um Estado-defensor ao lado do cidadão. Por essa razão, a Constituição da República previu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Embora, nos últimos anos, tenha se identificado um crescimento do órgão, ainda é pouco expressiva a sua atuação no sistema de justiça. Isso se deve, em grande parte, à ausência de mobilidade política e ao pouco orçamento destinado à sua efetiva implantação. Tanto é que, ainda, na Defensoria Pública da União vige a Lei que estabeleceu o seu regime de provisoriedade (Lei 9020/95).

Espera-se que, com a efetivação da EC nº. 80, tal situação possa ser sanada. Assim, os direitos de defesa do cidadão, como a vedação à restrição arbitrária da liberdade, consubstanciados em tratados internacionais de direitos humanos, poderão ser arguidos de forma efetiva, equilibrando a força devastadora do Estado acusação.

E, por fim, é preciso mudar a cultura da segregação e da violência (prende-se para depois julgar e atira-se para depois perguntar). Os dados apontam que há, efetivamente, o uso excessivo de medida de privação da liberdade, principalmente antes de sentença definitiva, e de força pela autoridade policial, como política de segurança pública, acreditando, o sistema de justiça, na falácia, de que o maior encarceramento resultaria em menores índices de criminalidade. A efetiva democracia somente será alcançada se esse imaginário

de política de segurança pública juntamente com a ideia de que a defesa do réu e a **proteção do bandido** se dissiparem, de vez, da sociedade brasileira. A defesa do réu é, antes de tudo, a defesa do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, P.; TORELY, M.D. Democratização e direitos humanos: compartilhando experiências da América Latina. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina. Brasília & Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2001.

ALVES, C. F. **Justiça para Todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANNONI, D. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2006.

BASTOS, M. T.; RENAULT, S. R. T.; BOTTINI, P. C. A Reforma Permanente do Poder Judiciário. **Diálogos sobre Justiça**, número 1, ano I, Brasília, p. 16-23, jan./abril 2014.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAETANO, F. C. **Acesso à Justiça**: Ministério da Justiça busca fortalecer Defensorias Públicas. Conj. Publicado em 22 nov. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/flavio-caetano-ministerio-justica-busca-fortalecer-defensoria>. Acesso em: 21 nov. 2014

CAMPOS, A. G. **Sistema de Justiça no Brasil**: Problemas de Equidade e Efetividade. Texto para Discussão n. 1328. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1328.pdf.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OST, F. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

ROCHA, J. L. **História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROSA, A. M. da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SADEK, M. T. A. Democratização do Acesso à Justiça. **Diálogos sobre Justiça**, número 1, ano I, Brasília, p. 24-37, jan./abril 2014

UNITED NATIONS. **Civil and Political Rights**. New York: United Nations, 2005. (Including the Questions of Independence of the Judiciary, Administration of Justice and Impunity).

ZYL, P. Promovendo a Justiça Transacional em Sociedades Pós-Conflito. In: REÁTEGUI, F. **Justiça de transição: Manual para América Latina**. Brasília & Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.